Kraków, dnia 14.01.2022 r.

Nr sprawy: DFP.271.153.2021.AB

**Do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę produktów leczniczych do Apteki Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie.

Zgodnie z art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych przedstawiam odpowiedzi na pytania wykonawców oraz zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikuję specyfikację warunków zamówienia:

**Pytanie 1**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na termin dostaw zwykłych od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy dla części nr 3? Uzasadnienie: Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, minimalny czas dostaw odbywa się od poniedziałku do piątku, z pominięciem dni ustawowo wolnych od pracy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 2**

W związku, iż przetarg organizowany przez Zamawiającego jest „na dostawa produktów leczniczych
do Apteki Szpitala” czy Zamawiający wyraża zgodę na odstąpienie od wymogu wskazanego w SWZ rozdz. 3 pkt. 3.10 dla części nr 3? „Zamawiający zastrzega sobie prawo zwrócenia się do wykonawców na etapie badania i oceny ofert o udostępnienie próbnej ilości oferowanych produktów w celu ich przetestowania
 i sprawdzenia pod kątem spełniania postawionych dla przedmiotu zamówienia wymagań Zamawiającego. W przypadku korzystania przez Zamawiającego z powyższego uprawnienia, zastrzega sobie On również prawo do określenia w przedmiotowym wezwaniu ilości, rodzaju oraz typu próbki oferowanego produktu. Koszty z tym związane ponosi Wykonawca.„

**Odpowiedź:**

Pkt. 3.10 SWZ zostaje wykreślony.

**Pytanie 3**

Do §3 ust. 5 wzoru umowy: Skoro Zamawiający przewiduje dostawy sukcesywne, zgodne z bieżącym zapotrzebowaniem, czyli nie przewiduje konieczności dłuższego przechowywania zamówionych produktów w magazynie apteki szpitalnej, to dlaczego wyznacza warunek 12-miesięcznego okresu ważności zamówionych towarów? Wskazujemy przy tym, że dostarczony przedmiot umowy do ostatniego dnia terminu ważności jest pełnowartościowy i dopuszczony do obrotu. W związku z powyższym prosimy o dopisanie do §3 ust. 5 projektu umowy następującej treści: "... Dostawy produktów z krótszym terminem ważności mogą być dopuszczone w wyjątkowych sytuacjach i każdorazowo zgodę na nie musi wyrazić upoważniony przedstawiciel Zamawiającego.".

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 4**

Do §3 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o zmianę zapisu poprzez nadanie mu brzmienia: "W przypadku dostarczenia towaru z terminem ważności krótszym niż 12 miesięcy Szpital Uniwersytecki zastrzega sobie prawo jego zwrotu w terminie 7 dni od dnia dostawy.".

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 5**

Do §3 ust. 7 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z realizacji dostawy w trybie zwykłym również w soboty?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 6**

Do §4 ust. 4 wzoru umowy: W związku z tym, że czynność prawna dokonana przez strony nie może skutkować wyłączeniem ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a takim jest art. 552 Kodeksu Cywilnego uprawniającego Sprzedawcę do wstrzymania dostaw w przypadku, gdy Kupujący dopuszcza się zwłoki z dokonaniem zapłaty za dostarczoną część zamówienia, prosimy o usunięcie z umowy odpowiednich postanowień §4 ust. 4.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 7**

Do §4 ust. 7 wzoru umowy: Ponieważ Wykonawca zamówienia publicznego nie jest stroną umowy SU DOP wskazanej w §4 ust. 7 projektu umowy to prosimy o wyjaśnienie, dlaczego ma podawać numer tej umowy w specyfikacji do faktury.

**Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że numer SU DOP jest numerem wewnętrznym nadawanym każdej umowie zawartej przez Zamawiającego. W związku z powyższym, umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym,
a Wykonawcą którego oferta zostanie wybrana również otrzyma numer SU DOP.

**Pytanie 8**

Do §7 ust. 1 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy treści §7 ust. 1. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażący naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie 18 miesięcy wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu do dowolnego ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody.

**Pytanie 9**

Do §7 ust. 2 wzoru umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie
to groziło rażącą stratą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej
do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 10**

Do §8 ust. 2 pkt 1) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowień §8 ust. 2 pkt 1) projektu umowy w taki sposób, aby kara umowna zastrzeżona na wypadek opóźnienia w realizacji zamówienia była wyłącznie proporcjonalna do wartości pozycji (części) zamówienia zrealizowanej
z opóźnieniem - bez minimalnej, sztywnej kary, tj. 15 zł - i wynosiła 0,5% od wartości tej pozycji (części), za każdy dzień opóźnienia? Wskazujemy przy tym, że wysokość ww. kar umownych możliwych do naliczenia przez Zamawiającego (zawsze minimum 15 zł) nie zostaje uzależniona ani od realnej wartości niezrealizowanej terminowo pozycji zamówienia, czy od poniesionej przez Zamawiającego szkody, ani też od żadnych innych obiektywnych czynników. W konsekwencji, taki sposób naliczania budzi zastrzeżenia wykonawcy z uwagi na fakt, iż może być on dotknięty sankcją nieważności na podstawie art. 353¹ Kodeksu cywilnego - ze względu na sprzeczność z naturą stosunku zobowiązaniowego. Reasumując, ww. sankcje wynikające z proponowanej treści umowy nie spełniają zasadniczego celu, dla którego są wprowadzane
i uwzględniają jedynie represyjną funkcję kary umownej. Mając na uwadze powyższe, wykonawca wnosi
o zmianę wspomnianego zapisu, aby był on zgodny z reżimem prawa cywilnego.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 11**

Do §8 ust. 3 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na naliczanie ewentualnej kary umownej
za odstąpienie od umowy w wysokości 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 12**

Do §9 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Dostawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu.”.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 13**

Do zapisu pod zestawieniami dla części nr 2-8 formularza asortymentowo – cenowego (załącznik nr 1a
do SWZ): Prosimy o wyjaśnienie, co Zamawiający ma na myśli poprzez zapis umiejscowiony pod zestawieniami dla poszczególnych części znajdujących się w formularzu asortymentowo – cenowym będącym załącznikiem nr 1a do SIWZ, o treści: „wykaz B Obwieszczenia Ministra Zdrowia aktualny
na dzień składania oferty, możliwość stosowania poza programem”? Czy, jeśli Zamawiający nie zamierza wykorzystywać leków zakupionych w cenach obowiązujących dla programów lekowych, w celach nie związanych z realizacją tych programów, wyrazi zgodę wykreślenie zastrzeżenia o „możliwość stosowania poza programem”? Jeżeli jednak Zamawiający nie wyrazi zgody na wykreślenie przedmiotowego zapisu, prosimy o podzielenie pozycji asortymentowych objętych przedmiotowym zapisem, na pozycje (ilości) odrębne dla leków wykorzystywanych w ramach programów lekowych oraz te, które Zamawiający zamierza stosować poza nimi.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający będzie stosował leki w ramach programów lekowych NFZ incydentalnie w ramach innych sposobów finansowania np. ratunkowy dostęp do technologii lekowej.

**Pytanie 14**

Czy Zamawiający wykreśli zapis par. 1.4? Minimalną wartość zamówienia, wymaganą przez Ustawę PZP, określa par. 4.11. Zapis par. 1.4 jest zatem zbędny i niespójny z 4.11, gdzie określono jednak minimalną wartość zamówienia.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian. Zamawiający zwraca jednak uwagę,
iż zapisy nie są niespójne. Postanowienie §1 ust.4 jest ogólne a jego rozwinięcie i uszczegółowienie znajduje się w §4 ust.11.

**Pytanie 15**

Czy Zamawiający w par. 3.3. zniesie wymóg potwierdzania otrzymania zamówień? Prawo farmaceutyczne nakazuje informowanie o odmowie wykonania zamówienia, lecz nie o przyjęciu go do realizacji. Jest to dodatkowy, niewynikający z przepisów obowiązek Wykonawcy.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

**Pytanie 16**

Czy Zamawiający wykreśli par. 3.6.? Zagwarantowanie sobie możliwości zwrotu towaru po jego przyjęciu powoduje w istocie, że towar sprzedawany jest na próbę, zaś w przypadku ich zwrotu - produkty lecznicze nie będą się nadawać do dalszego obrotu, co naraża Wykonawcę na stuprocentową stratę. Nadto Wykonawca zauważa, że (a) towar został dobrowolnie przyjęty przez Zamawiającego, (b) własność towaru przeszła na Zamawiającego i (c) „zwrot” towaru oznacza wobec uprzedniego przejścia własności w istocie sprzedaż hurtową przez Zamawiającego Wykonawcy, do czego potrzeba koncesji na handel hurtowy lekami.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

**Pytanie 17**

Czy Zamawiający w par. 4.2 wprowadzi automatyczną zmianę ceny brutto w razie zmiany stawki VAT? Obecne zapisy, w razie braku zgody Zamawiającego, grożą Wykonawcy rażącą stratą.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian. Zwracamy jednak uwagę, iż w przypadku zmiany podatku aneks będzie potwierdzeniem ogólnie obowiązujących przepisów, w związku z czym nie będzie to strata dla Wykonawcy.

**Pytanie 18**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej określonej w par. 8.2 z 2% do wartości max. 0,2%, a także zrezygnuje z kwoty minimalnej kary, to jest 15zł? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

**Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian.

**Pytanie 19**

Czy Zamawiający zmieni wartość procentową kary umownej określonej w par. 8.3 z 20% do wartości max. 5%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana.

 **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody. Wzór umowy pozostaje bez zmian

**Pytanie 20**

Zamawiający w § 7 ust 2 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ wskazał, iż: „2. W przypadku udokumentowanego braku możliwości dostawy produktu określonego w załączniku nr 1 do Umowy, wynikającego z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, produkt zastępczy zostanie dostarczony przez Wykonawcę po uzyskaniu wcześniej zgody Kierownika Apteki Szpitala Uniwersyteckiego. Produkt zastępczy powinien odpowiadać opisowi umieszczonemu w SIWZ i posiadać taką samą cenę jednostkową jak określony w załączniku nr 1 do umowy produkt zastępowany. Zmiany w tym zakresie nie wymagają formy pisemnej w postaci aneksów.” Tak sformułowane postanowienie w sposób nieuzasadniony zakłada, że każdy wykonawca posiada w swoim portfolio komplet leków referencyjnych i generycznych lub biopodobnych, podczas gdy (…)[[1]](#footnote-1) dystrybuuje bezpośrednio produkty lecznicze, w odniesieniu do których jest przedstawicielem podmiotu odpowiedzialnego, a zatem w przypadku przerwania ciągłości dostaw Produktu nie jest w stanie dostarczyć jego odpowiednik na żądanie Zamawiającego. Mając na uwadze powyższe, czy Zamawiający dopuszcza możliwość niestosowania wskazanego powyżej zapisu dla części
nr 10?

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ

1. *Zgodnie z art. 135 ust 6 Zamawiający nie ujawnia źródła zapytania.* [↑](#footnote-ref-1)